

Tilburg University

Van zorgvuldigheid naar zorgplicht

Tjong Tjin Tai, Eric

Published in:
Rechtsgeleerd Magazijn Themis

Publication date:
2019

Document Version
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Tjong Tjin Tai, E. (2019). Van zorgvuldigheid naar zorgplicht: Een eeuw maatschappelijke zorgvuldigheid. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 180(1), 26-32.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Van zorgvuldigheid naar zorgplicht: een eeuw maatschappelijke zorgvuldigheid

Eric Tjong Tjin Tai¹

1. Inleiding

Honderd jaar geleden vernietigde de Hoge Raad het arrest van het Hof in het door Lindenbaum ingestelde cassatieberoep. De uitspraak werd door Molengraaff begroet met de woorden “Er is door ons hoogste rechtscollege zelden een arrest gewezen, waarvan zoo heilzame invloed op ons rechtsleven mag worden verwacht.”² Een eeuwfeest is een mooie gelegenheid om te zien of deze voorspelling is uitgekomen. Wat is er met de zorgvuldigheid gebeurd in de afgelopen honderd jaar? Ik zal met enkele grove penseelstreken de ontwikkelingen schetsen, waarbij ik voornamelijk enkele tendensen wil aangeven.

2. De plaats van de zorgvuldigheidsnorm

2.1. De vergelijking met andere onrechtmatigheidsgronden en andere rechtsstelsels

Ik zal afzien van een beschrijving van het arrest zelf in zijn tijd, nu dat het onderwerp van een ander artikel in dit tijdschrift is.³ Hier zijn slechts een paar aspecten relevant.

Oorspronkelijk is de zorgvuldigheidsnorm ingevoerd als vangnet voor gevallen die niet konden worden ondergebracht in de inbreuk op een recht of strijd met een wettelijke plicht.⁴ Dit was in overeenstemming met gelijktijdige ontwikkelingen in ons omringende landen: de *Verkehrspflicht* die het Duitse *Reichsgericht* in dezelfde periode bedacht op grond van § 823 I BGB,⁵ de *duty of care* als onderdeel van de Engelse *tort of negligence*, die in 1923 in *Donoghue v. Stevenson* [1932] AC 562 tijdelijk een grote uitbreiding leek te krijgen.⁶ Een snel ontwikkelende maatschappij heeft kennelijk een dergelijk vangnet-regeling nodig.

¹ Hoogleraar privaatrecht, Tilburg University, en onderzoeker bij Tilburg Institute for Private law (TIP).

² HR 31 januari 1919, NJ 1919, p. 161.

³ Zie de bijdragen van Hartlief en Jansen.

⁴ Naast de categorie strijd met de goede zeden, die in de praktijk geen invulling kreeg en in 1992 is opgegaan in de thans geldende handelen ‘in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’ (art. 6:162 BW). Zie T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, diss. Amsterdam (UvA) 2007, p. 94-96 over de ontwikkeling rond Lindenbaum-Cohen.

⁵ Reichsgericht 30 oktober 1902, RGZ 52, 573, Reichsgericht 23 februari 1903, RGZ 54, 53, 59, Von Bar 1998, no. 104-10.

⁶ Beperkt in *Caparo Industries Plc. v. Dickman* [1990] 1 All ER 568.

De bruikbaarheid van dit duizend-dingen-doekje, dat alle resterende gevallen kan opruimen, heeft in het verleden de gedachte doen postvatten dat er maar één regel nodig is: het handelen in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid. Men noemt dit wel de leer-Smits, wat recent nog door Van Dam en Van Maanen werd verdedigd.⁷ Dit zou in zekere zin neerkomen op het overnemen van het Franse stelsel, waar in essentie alleen een *faute* vereist wordt (art. 1240 Cc).⁸ In Nederland is hiertegen aangevoerd dat de afzonderlijke categorieën toegevoegde waarde hebben doordat zij gevallen aanduiden waarin duidelijk in beginsel onrechtmatig is gehandeld.⁹ De Hoge Raad onderschrijft dit standpunt.¹⁰ En ook in Frankrijk blijkt dat het aannemen van één overkoepelende norm slechts een formaliteit is, en dat rechtspraak en doctrine daarbinnen toch weer vergelijkbare onderverdelingen gaan aanbrengen.¹¹

Hierna zal ik zorgvuldigheid daarom opvatten in de beperkte zin van de ‘open norm’ van art. 6:162 BW, die sinds 1992 spreekt van ‘hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’. Deze formulering wordt nog steeds wel aangeduid als ‘zorgvuldigheidsnorm’. Eenvoudigheidshalve zal ik bij dit gebruik aansluiten.

Tegenwoordig lijkt het ‘handelen in strijd met de zorgvuldigheid’ te worden overvleugeld door de formulering ‘schending van een zorgplicht’. Deze terminologische verschuiving, die sedert de jaren tachtig lijkt te zijn ingezet,¹² lijkt op zichzelf niet direct een verschil in inhoud uit te maken. Niettemin valt te verdedigen dat een ‘zorgplicht’ concreter is dan handelen in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid: een zorgplicht veronderstelt het voorafgaande bestaan van een betrekking, wat bij ‘maatschappelijke zorgvuldigheid’ impliciet is gelaten. Verder legt de term ‘zorgplicht’ een direct verband met de binnen contractuele verhoudingen

⁷ Zie uitvoerig hierover GS Onrechtmatige Daad (K.J.O. Jansen), art. 6:162 lid 1 en 2, aant. 4.1.3.1 en 4.6.4. ook K.J.O. Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, par. 4.2.6.

⁸ Tot 2016 art. 1382 Cc-oud.

⁹ C.H.M. Jansen, *NTBR* 2001, p. 295-300 en C.H.M. Jansen, *Onrechtmatige daad: algemene bepalingen*, Mon. BW B45, 3e dr., Deventer: Kluwer 2009, nr. 13-16. Zie ook C.H. Sieburgh, ‘Wat is rechtsinbreuk?’, *NJB* 1997, blz. 628-635, C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, diss. Groningen 2000, hfdst. 4 en 5, en E.F. Verheul, ‘Rechtsinbreuk en onrechtmatigheid’, *WPNR* 2018 (te verschijnen).

¹⁰ HR 14 oktober 2005, NJ 2007/270 (Unocal/Continental), r.o. 8.4.2, HR 12 maart 2004, NJ 2009/549 (XS4ALL/AbFab), r.o. 3.16.

¹¹ C.C. van Dam, *European Tort Law*, 2^e dr., Oxford University Press: Oxford 2013, nr. 302.

¹² Tjong Tjin Tai, diss., p. 97.

bestaande zorgplicht. Destijds was juist voor de term ‘zorgvuldigheid’ gekozen om zo’n verband te vermijden.¹³ Omdat nu eenmaal tegenwoordig ook wordt gesproken van zorgplicht in gevallen waar in het verleden over zorgvuldigheid zou worden gesproken, zal ik hierna ook rechtspraak behandelen die over buitencontractuele zorgplichten gaat.

2.2. De wisselende verschijningen van de zorgvuldigheidsnorm

De wisseling tussen zorgvuldigheid, zorgplicht en hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, is overigens niet zuiver terminologisch. De oude term ‘zorgvuldigheid’ vereiste een zekere mate van zorg voor de belangen van anderen.¹⁴ Dit kon bijvoorbeeld uitwerking vinden in een verplichting om bij onderhandelingen je gedrag mede te moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.¹⁵ Dit impliceert vooral een verplichting om andermans belangen te *ontzien*. Daarentegen kan een zorgplicht gemakkelijk ook *positieve* zorg omvatten. De scheidslijn tussen een en ander is niet waterdicht, maar de moderne term zorgplicht maakt het gemakkelijker om positieve verplichtingen te aanvaarden.

Daarnaast is de sinds 1992 geldende terminologie volledig abstract: ongeschreven recht en datgene wat volgens het maatschappelijk verkeer betaamt geeft geen enkele indicatie over de inhoud. Dergelijke abstracte normen zijn in het huidige BW overvloedig aanwezig en hebben als bezwaar dat zij geen richting geven en daarmee gemakkelijk ertoe leiden dat de concrete aansprakelijkheidsnormen alle kanten uitgaan. De in 1996 gesignaleerde tendens tot ‘uitdijende’ aansprakelijkheid¹⁶ zou hier misschien verband mee houden. Toch blijkt, zoals we zullen zien, dat de Hoge Raad de hand op de knip houdt.

Het lijkt mij derhalve beter om voor ogen te blijven houden dat het ook onder de sinds 1992 geldende norm nog steeds gaat om een belangenafweging, namelijk die tussen de in beginsel aanwezige vrijheid van eenieder om te handelen zoals hem goeddunkt, tegenover de gerechtvaardigde belangen van de ander. Dat zal meestal

¹³ Tjong Tjin Tai, diss., p. 95-96.

¹⁴ Expliciet HR 28 juni 1957, NJ 1957/514 (Erba/Amsterdamse Bank).

¹⁵ HR 15 november 1957, NJ 1958/67 (Baris/Riezenkamp).

¹⁶ J. Spier en A.T. Bolt, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Handelingen NJV 1996-I, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

uiting krijgen in een negatieve verplichting tot zorgvuldigheid, omzichtigheid. In beperkte mate kan dit ook een positieve verplichting omvatten om andermans belangen te beschermen tegen inbreuk door derden of zelfs om deze belangen te bevorderen.

2.3. Het belang van de kwalificatie

Bij dit alles moet men ook bedenken dat de kwalificatie van de daad kan uitmaken voor de vraag of het om de zorgvuldigheidsnorm gaat, en of er aansprakelijkheid moet worden aangenomen. De insteek die door partijen en de rechter is gekozen bepaalt immers het kader waarbinnen de Hoge Raad zich moet uitspreken. Indien gegeven is dat laedens niet wist noch hoefde te weten dat een onbekende tak in feite taxus en dus giftig voor paarden was, is de rechtsvraag uitsluitend of het onzorgvuldig is om een tak van onbekende aard op een afvalstapel neer te leggen.¹⁷ Wie correct wil schrijven over de zorgvuldigheidsnorm, dient zelf de zorgvuldigheid in acht te nemen bij het bestuderen van de rechtspraak.

Hoe men tegen de daad aankijkt, is derhalve geen natuurlijke gegevenheid maar reeds een resultaat van interpretatie. Dat is van belang voor de bepaling of sprake is van een onrechtmatige daad: als de daad is, het doen verzilten van eens anders land, lijkt dat zonder meer onrechtmatig, als de daad is, het opspuiten van eigen gronden, lijkt dat in beginsel geoorloofd.¹⁸ Bij onrechtmatige daad wordt over het algemeen een enigszins geobjectiveerde opvatting gehanteerd: de intentie telt, maar ook de redelijkerwijs onmiddellijk er aan verbonden gevolgen. Anders gezegd: bij onzorgvuldigheid gaat het om wat de laedens weet en *behoort* te weten.

3. De wegen van de zorgvuldigheidsnorm

De zorgvuldigheidsnorm is sinds 1919 in tal van uitspraken aan de orde geweest. Uitvoerige behandelingen van de rechtspraak zijn, naast de Groene Serie Onrechtmatige daad, te vinden in verschillende dissertaties¹⁹ en het onvolprezen

¹⁷ HR 22 april 1994, NJ 1994/624 (Taxus).

¹⁸ HR 27 mei 1994, NJ 1994/590 (IHM/Lambregts).

¹⁹ Naast de hierna te noemen meer gespecialiseerde dissertaties geven met name een breed overzicht C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 1989, T.F.E. Tjong Tjin Tai, diss. 2007, K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2012.

preadvies van Spier en Bolt.²⁰ Beknoptere overzichten zijn in handboeken te vinden.²¹ In de Groene Serie Onrechtmatige daad worden verschillende categorieën aangeduid, zoals gevaarzetting, “profiteren van wanprestatie, de ongeoorloofde mededinging, de overheidsaansprakelijkheid en de beroepsaansprakelijkheden”.²² Deels hierdoor geïnspireerd schets ik het panorama aan ontwikkelingen in verschillende subgroepen.

3.1. Van gevaarzetting tot zuiver nalaten

Deels is de rechtspraak te beschouwen als een eenvoudige voortzetting van traditionele figuren als gevaarzetting, de ongevallen die in alle tijden voorkomen. Een daad waarmee de belangen van een ander in onaanvaardbare mate gestoord wordt, of het risico op zodanige aantasting te groot is, is onrechtmatig. Nog steeds is het Kelderluik-arrest²³ richtinggevend. De rechtspraak (en in het kielzog daarvan, de literatuur) toont afwisselende modes, zoals de reeks arresten rond aansprakelijkheid van bestuurders van gemotoriseerde voertuigen,²⁴ de arresten over de ‘ongelukkige samenloop van omstandigheden’²⁵ en ‘sport en spel’.²⁶ De discussie over de laatste twee onderwerpen is inmiddels verstomd, de lijn die de Hoge Raad heeft getrokken is gehandhaafd. Het is van belang dat mensen gewoon kunnen handelen zonder voortdurend op hun hoede te hoeven zijn over de mogelijkheid van vergezochte risico’s.

Tegenwoordig zijn er betrekkelijk weinig zaken over gevaarzetting en ongevallen bij de Hoge Raad, wat erop kan wijzen dat dit gebied voldoende uitgekristalliseerd is. Deze categorie kan overlopen in zogenaamde ‘aansprakelijkheid voor nalaten’. Men moet daarbij echter onderscheiden tussen onzorgvuldigheid als gewone gevaarzetting, zorg voor een object/domein waar men verantwoordelijk voor

²⁰ J. Spier en A.T. Bolt, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Handelingen NJV 1996-I, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

²¹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, T. Hartlief e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, SBR 5, 8^e dr., Deventer: Kluwer 2018, A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad* (Mon. Privaatrecht 4), Deventer: Kluwer 2015.

²² GS OD (K.J.O. Jansen), art. 162, aant. 6.2.1. In de subaantekeningen onder aant. 6.2 geeft hij een uitvoeriger nadere onderverdeling.

²³ HR 5 november 1965, *NJ* 1966/136 (Kelderluik).

²⁴ Culminerend in de 50% en 100% regels, zie Verheij 2015, nr. 40. Art. 185 WvW speelt hierbij ook een rol.

²⁵ Verheij, Mon. Privaatrecht 4, nr. 24.3.

²⁶ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/59.

is, en zuiver nalaten.²⁷ Bij gevaarzetting zien we dat de rechter vaak steun zoekt in beschikbare geschreven verkeers- of veiligheidsnormen.²⁸ In zulke gevallen wordt de Kelderluik-norm dus niet gebruikt. Zuiver nalaten komt betrekkelijk weinig voor, in de rechtspraak gaat het meestal om gevallen waar een partij enige verantwoordelijkheid heeft voor een bepaald domein, dus de tweede categorie (par. 3.4). Dit betreft dan positieve zorgplichten.

3.2. De grenzen van rechtmatig handelen

Typerend voor gevaarzetting is dat de dader niet bewust het nadeel toebracht, dat ging per ongeluk. Anders ligt het in gevallen waar de dader welbewust belangen van een derde benadeelde (ook al was dat niet direct het doel), en de vraag is of hij dat mocht of niet. Dan komt het aan op een zuivere belangenafweging.²⁹

Eén ontwikkeling is de precontractuele aansprakelijkheid geweest. In het veelbesproken arrest Plas/Valburg is hier een potentieel vérstrekkende aansprakelijkheid aangenomen, die echter nadien weer gedeeltelijk is teruggenomen.³⁰ Afbreken van onderhandelingen is toegestaan “tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het totstandkomen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn” (CBB/JPO).

Een andere categorie is hinder. Hoewel dit soms als inbreuk op een eigendomsrecht is gekarakteriseerd,³¹ kan het ook op grond van de zorgvuldigheidsnorm onrechtmatig zijn, waarvoor een vrij precies toetsingskader is geformuleerd: dit hangt af van de aard, de ernst en de duur van de hinder alsmede van de omvang van de daardoor veroorzaakte schade in verband met de verdere omstandigheden van het geval.³² In een enigszins verwante zaak werd over de overlast

²⁷ In deze zin HR 22 november 1974, NJ 1975/149 (Struikelende broodbezorger), zie uitvoerig T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Nalaten als onrechtmatige daad’, NJB 2007/40, p. 2540-2546.

²⁸ Zoals het Hof in HR 29 november 2002, NJ 2003/549 (Legionella). Zie verder J.L. Smeehuijzen, ‘Hoe oordeelt de feitenrechter over strijd met de maatschappelijke betamelijkheid in de zin van art. 6:162 lid 2 BW?’, *VR* 2017-10, p. 351-358.

²⁹ Tjong Tjin Tai, diss., p. 152.

³⁰ HR 18 juni 1982, NJ 1983/723 (Plas/Valburg) en HR 12 augustus 2005, NJ 2005/467 (CBB/JPO), hierover Asser/Van den Bergh 7-VI 2017/53-55 en M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 2009.

³¹ HR 10 maart 1972, NJ 1972/278 (Vermeulen/Lekkerkerker).

³² Bijv. HR 3 november 2000, NJ 2001/108 (ABS/Groenewegen).

van een verbouwing geoordeeld dat deze op zichzelf toelaatbaar is, maar dat degene die de verbouwing uitvoert de nadelen niet zonder meer op de ander mag afwentelen.³³ Dit is in wezen eenzelfde redenering als bij rechtmatige daad en nadeelscompensatie.

Schending van eer en goede naam is een andere categorie: hoewel dit als inbreuk op een recht kan worden beschouwd, ziet men dit ook wel als onzorgvuldig handelen. In 1984³⁴ formuleerde de Hoge Raad een (niet-limitatief) toetsingskader van zes omstandigheden. Tegenwoordig is dit leerstuk sterk beïnvloed door art. 8 en 10 EVRM en de equivalente grondrechten, zoals blijkt uit het meest recente arrest³⁵ waarin de Hoge Raad het kader van afweging van twee grondrechten verbindt aan een concrete toetsing op basis van de omstandigheden van het geval.

3.3. Functionele gebieden

Diverse bijzondere gebieden kunnen het beste afzonderlijk worden besproken, omdat zij ontwikkelingen hebben doorgemaakt die hen ten dele buiten het onderwerp van dit artikel hebben gebracht.

Overheidsaansprakelijkheid is een afzonderlijk terrein met haar eigen dynamiek; ik zal dit niet nader bespreken.³⁶ Een groot deel van de overheidsaansprakelijkheid betreft gevallen van fouten rond beschikkingen;³⁷ inmiddels is deze materie grotendeels naar het bestuursrecht verplaatst.³⁸ Een bijzonder leerstuk hierbinnen is de zogenaamde schadevergoeding wegens rechtmatige daad, tegenwoordig spreekt men beter van nadeelscompensatie,³⁹ en is dit eveneens grotendeels buiten de zorgvuldigheidsnorm geplaatst.⁴⁰

Op het gebied van milieu is inmiddels veel bijzondere wetgeving aanwezig. Naast veel geschreven normen fungeert de zorgvuldigheidsnorm als vangnet, dat

³³ HR 3 april 1987, NJ 1987/703 (Van Gastel q.q./Van den Heuvel).

³⁴ HR 24 juni 1983, NJ 1984/801.

³⁵ Zie recent HR 31 maart 2017, NJ 2017/238.

³⁶ Uitvoerig hierover G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht: bijzonder deel*, Mon. BW A26b, 2^e dr., Deventer: WoltersKluwer 2016.

³⁷ C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten*, diss. Utrecht, Deventer: Kluwer 2006.

³⁸ Zie de sinds 1 juli 2013 geldende titel 8.4 van de Awb.

³⁹ M. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel*, diss. Leiden 2010.

⁴⁰ Dergelijke gevallen kunnen soms ook op grond van schending van art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM worden benaderd (bijv. HR 16 december 2016, NJ 2017/132 (pelsdieren)) of onder het onderwerp onrechtmatige wetgeving worden besproken, in elk geval valt dit buiten het onderwerp van dit artikel.

echter terughoudend wordt toegepast, juist omdat geschreven normen houvast bieden.⁴¹

Ongeoorloofde mededinging wordt tegenwoordig voor een groot deel gehandhaafd door een toezichthouder die meestal publiekrechtelijke middelen hanteert,⁴² een en ander in verband met de Mededingingswet. Voorzover het privaatrecht wordt ingezet⁴³ zal dit vooral berusten op strijd met een wettelijke plicht (de Mededingingswet dan wel art. 101 VWEU). De zorgvuldigheidsnorm is daarom tegenwoordig van betrekkelijk gering belang op dit terrein.⁴⁴ Dit is nog sterker geworden als gevolg van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken 2005/29/EG, als gevolg waarvan diverse concrete normen zijn neergelegd voor onbehoorlijke commerciële praktijken in art. 6:193a-193j BW. Misleidende reclame was al eerder geregeld in art. 6:194-196 BW op grond van Richtlijn 84/450 (later gewijzigd).

Op het gebied van het ondernemingsrecht zijn er verschillende leerstukken⁴⁵ als de bestuurdersaansprakelijkheid, selectieve betaling van schuldeisers, ‘afgeleide schade’. De Hoge Raad heeft hier specifieke normen geformuleerd, zoals het vereiste dat sprake is van een specifieke zorgvuldigheidsnorm die is geschonden jegens gelaedeerde⁴⁶ of een ‘persoonlijk verwijt’.⁴⁷

Een terrein dat veel de aandacht heeft getrokken is dat van de bijzondere zorgplichten van financiële dienstverleners. Sinds de jaren negentig heeft de Hoge Raad zowel in contractuele als buitencontractuele verhoudingen een zorgplicht aanvaard - en op steeds breder terrein toegepast - die inhield dat de financiële dienstverlener moest waken voor lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht bij

⁴¹ GS Onrechtmatige Daad (Bauw) VIII.6, E. Bauw en E.H.P. Brans, *Milieuprivaatrecht*, 3^e dr., Deventer: Kluwer 2003, p. 68-95.

⁴² Bestuursrecht kan ook worden toegepast om privaatrechtelijke normen te handhaven: C.A. Hage, *Handhaving van privaatrecht door toezichthouders*, diss. Leiden 2017.

⁴³ E.J. Zippo, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht*, diss. Leiden 2008, Deventer 2009, W.A.J. Van Lierop & E.H. Pijnacker Hordijk, *Privaatrechtelijke aspecten van het mededingingsrecht*, Preadvies VBR 2007. Vgl. Richtlijn 2014/104/EU inzake private handhaving van mededingingsrecht, die heeft geleid tot invoering van art. 6:193k-193t BW.

⁴⁴ Behalve als grondslag om ongeschreven recht, in het bijzonder gewoonten, of wat tegenwoordig wordt genoemd private regelgeving, te doen gelden. Zie GS OD (Van Nispen), aant. IV.2.2.18.

⁴⁵ GS OD art. 6:162 lid 1 en 2 (Jansen) aant. 6.2.11-6.2.14.

⁴⁶ HR 16 februari 2007, NJ 2007/256 (Tuin Beheer).

⁴⁷ HR 8 december 2006, NJ 2006/659, HR 18 februari 2000, NJ 2000/295 (NHB/Oosterhof), HR 6 juni 2003, NJ 2003/563 (Kuipers/Wentink). Bijv. ook bij curatoren: HR 16 december 2011, *NJ* 2012/515, HR 5 februari 2016, NJ 2016/187 (Rabobank/mr. Verdonk q.q.).

consumenten.⁴⁸ Deze zorgplicht is inmiddels buitencontractueel toegepast bij het aangaan van een effectenlease-overeenkomst.⁴⁹ Inmiddels is een dergelijke zorgplicht ook publiekrechtelijk verankerd in de algemene zorgplicht van art. 4:24a Wft, naast de meer specifieke normen uit de Wft (zoals het ‘ken-uw-klant’-principe).

Verder is er veel rechtspraak over beroepsaansprakelijkheid. In essentie is dit niet meer dan een uitwerking van de aloude norm van de ‘redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar’:⁵⁰ deze norm geldt zowel voor contractuele als buitencontractuele aansprakelijkheid. Buitencontractuele aansprakelijkheid is vooral van belang bij de aansprakelijkheid jegens niet-cliënten.⁵¹ Een beroepsbeoefenaar is uit hoofde van zijn maatschappelijke functie gehouden om ook jegens derden behoorlijk te handelen (afhankelijk van zijn rol). Dit blijkt bijvoorbeeld uit de vriendendienst van de notaris, de onjuiste mededeling van de makelaar, de onvolledige informatie van de bank.⁵²

Uit dit overzicht blijkt dat er in de loop der tijd vaker deelgebieden zijn afgesplitst van de zorgvuldigheidsnorm, met name door introductie van specifieke wettelijke plichten (zoals de WAM, oneerlijke handelspraktijken) of risico-aansprakelijkheden zoals de productaansprakelijkheid. Die laatste vormen onderwerp van een ander artikel.⁵³ Deze ontwikkeling neemt niet weg dat voor gevallen waar nog geen risicoaansprakelijkheid bestaat, de zorgvuldigheidsnorm nog steeds een nuttig vangnet vormt. Te denken valt aan aansprakelijkheid voor robots of algoritmen.⁵⁴

⁴⁸ Zie overzichten bij I. Janssen, *De civielrechtelijke zorgplicht van de beleggingsdienstverlener jegens de niet-particuliere cliënt*, diss. Nijmegen, Deventer: WoltersKluwer 2017, en I. de Vré, ‘De bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners onder toezicht’, op <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Hoge-Raad-der-Nederlanden/Over-de-Hoge-Raad/Wetenschappelijk%20bureau/Wetenschappelijke%20bijdragen/De-bijzondere-zorgplicht-van-financiële-dienstverleners-onder-toezicht.pdf>.

⁴⁹ HR 5 juni 2009, NJ 2012/182-184.

⁵⁰ Vaste rechtspraak sinds HR 9 november 1990, NJ 1991/26 (Speeckaert/Gradener).

⁵¹ Tjong Tjin Tai, diss. 2007, p. 199-216, E.J.A.M. van den Akker, *Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden*, diss. Tilburg 2001, Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/204.

⁵² Respectievelijk HR 4 oktober 1996, NJ 1997/495 (Van Stiphout), HR 4 februari 1977, NJ 1977/278 (Gerritsen/Zwan), HR 10 december 1993, NJ 1994/667 (Van Ittersum/Rabo).

⁵³ Zie de bijdrage van Hoekzema en Oldenhuis.

⁵⁴ T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Aansprakelijkheid voor robots en algoritmes’, NTHR 2017-3, p. 123-132.

3.4. Zorg voor objecten

Een inmiddels belangrijke groep gevallen heeft betrekking op de zorg voor delen van de maatschappij, concrete objecten of zaken maar ook deelgebieden.⁵⁵ Zulke zorg past eigenlijk niet zo goed onder de term ‘zorgvuldigheid’, wel is zij goed te verenigen met een term als ‘zorgplicht’. Voorbeelden zijn de zorg voor een terrein die verplicht tot het aanbrengen van waarschuwingen,⁵⁶ de subsidiaire zorg van een eigenaar van een gevaarlijke stof die in handen van een bewaarnemer is gesteld,⁵⁷ de zorg van de wegbeheerder en het waterschap.⁵⁸ Zulke gevallen zijn deels overgegaan naar risicoaansprakelijkheden.⁵⁹ Bijvoorbeeld voor de wegbeheerder is ook art. 6:174 BW van toepassing.

Deze categorie is van belang omdat zij twee ontwikkelingen laat zien. Ten eerste wordt hierbij regelmatig geoordeeld niet op basis van het inperken van het gevaar zelf, maar ook op de omstandigheid of er voldoende informatie en waarschuwingen zijn gegeven.⁶⁰ Ten tweede betreft het hier gevallen waarbij de laedens niet rechtstreeks de schade heeft veroorzaakt, maar de primaire oorzaak een andere factor is, in het bijzonder een natuurlijk niet-menselijk gevaar. Omdat de laedens zeggenschap, controle heeft over het gebied of object is hij daar verantwoordelijk voor.

Een hieraan verwant, maar toch onderscheiden leerstuk is dat van poortwachters: partijen van wie wordt verwacht dat zij tot op zekere hoogte beletten dat derden onrechtmatige daden begaan binnen een bepaald domein. Dit is een vorm van secundaire aansprakelijkheid. Banken kunnen bijvoorbeeld verplicht zijn om te waarschuwen als zij signalen hebben opgevangen dat er mogelijk sprake is van fraude: deze plicht geldt ook tegenover niet-klanten.⁶¹ Toch wordt terughoudend omgesprongen met zulke zorgplichten. Zij lijken vooral bij gereguleerde beroepen

⁵⁵ Tjong Tjin Tai, diss., p. 156-160, GS Onrechtmatige daad (K.J.O. Jansen) art. 6:162 lid 1 en 2, aant. 6.6.

⁵⁶ HR 27 mei 1988, NJ 1989/29 (Veenbroei).

⁵⁷ HR 29 april 2011, NJ 2011/406 (Melchemie).

⁵⁸ Zie jurisprudentie bij GS OD (Jansen) art. 6:162 lid 1 en 2, aant. 6.6.4 en 6.6.5.

⁵⁹ Over de afbakening van risicoaansprakelijkheid en zorgvuldigheidsnorm zie ook de conclusie van A-G Hartlief voor HR 7 oktober 2016, NJ 2017/73 (Vennemans/gem. Nijmegen).

⁶⁰ Wat overigens ook al in de Kelderluik-criteria was aangegeven.

⁶¹ HR 23 december 2005, NJ 2006/289 (Safe Haven) en HR 27 november 2015, NJ 2016/245 (ABN AMRO/St. Gedupeerde Beleggers vd B).

te worden aangenomen. Dat ziet men bij het leerstuk van medewerkers aan onrechtmatig handelen⁶² of wanprestatie, dat vooral bij zulke beroepen wordt toegepast. Zulke medewerking is alleen onder bijkomende omstandigheden onrechtmatig, maar het blijft onduidelijk welke omstandigheden dat dan zijn.⁶³

De achtergrond van zulke zorg is waarschijnlijk dat zulke beroepsbeoefenaren een grotere verantwoordelijkheid dragen tegenover de gemeenschap, wat samenhangt met de bijzondere positie die zij feitelijk hebben waardoor zij primair in staat zijn ongewenste daden te beletten. Zij kunnen een deel van het maatschappelijk systeem ‘schoon’ houden, en behoren daar dan ook bij te helpen. Een dergelijke zorg zou bijvoorbeeld ook op Internet goede diensten kunnen bewijzen. Tot voor kort gold daarvoor echter de ISP-vrijwaring (art. 6:196c BW), op grond waarvan Internet Service Providers niet aansprakelijk waren als zij niet op de hoogte waren van inbreukmakende informatie, en deze terstond verwijderden als zij hiervan op de hoogte waren gesteld. Inmiddels lijkt echter enige afstand te worden genomen van het uitgangspunt dat er geen monitoringverplichting is.⁶⁴ Zo kan er op ISPs een verplichting rusten om inbreukmakend materiaal te blokkeren.⁶⁵

3.5. Toezichthouders

Afzonderlijke vermelding verdient het leerstuk van toezichthoudersaansprakelijkheid. Ten dele kan het hier gaan om toepassing van het gewone leerstuk van aansprakelijkheid voor onjuiste beschikkingen,⁶⁶ maar ook kan het betrekking hebben op tekortschietend toezicht, waarvoor de grondslag wordt gevonden in de zorgvuldigheidsnorm.⁶⁷ Voor de invulling van deze norm heeft de Hoge Raad eerst gekozen voor de ‘redelijk handelend toezichthouder’,⁶⁸ daarna abstracter voor ‘de

⁶² Tjong Tjin Tai, diss., p. 210-215.

⁶³ Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/204, C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, diss. 1999, p. 253-305, en o.a. HR 8 december 1989, NJ 1990/217 (Scheerders/Van der Hoek), HR 23 december 1994, NJ 1996/627 (Curatoren THB), HR 3 april 2015, NJ 2015/479 (De Novitaris).

⁶⁴ Bijv. HvJ 7 juli 2016, C-494/14 (Tommy Hilfiger/Delta Center), HvJ 8 september 2016, C-160/15 (Geen Stijl/Sanoma).

⁶⁵ Bijv. HR 29 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1046 (St. Brein/Ziggo en XS4ALL).

⁶⁶ Bijv. HR 23 december 2011, NJ 2012/377.

⁶⁷ I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005, hfd. VII en D. Busch, *Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders*, Nijmegen: Ars Aequi 2010, p. 23 e.v.

⁶⁸ HR 13 oktober 2006, NJ 2008/527 (Vie d’Or).

eisen die aan een behoorlijk en zorgvuldig toezicht moeten worden gesteld'.⁶⁹ De concrete invulling wordt beïnvloed door de bijzondere positie van een toezichthouder, waardoor deze niet snel aansprakelijk zal zijn.⁷⁰

Deze aansprakelijkheid sluit aan bij de secundaire aansprakelijkheid van poortwachters (par. 3.4). Zij verschilt daarin dat poortwachters vaak een grotere mate van controle of zeggenschap hebben over hun domein: een notaris is in staat om elk verzoek om een akte te passeren te beoordelen, een advocaat is bewust van elke opdracht die hij ontvangt en kan deze controleren. Zij controleren wie er door de poort passeert. Een toezichthouder daarentegen staat meer op afstand en wordt geacht niet in te grijpen tenzij dit wel kan worden verwacht. Ik aarzel daarom of deze aansprakelijkheid wel helemaal past binnen het gewone kader van de zorgvuldigheidsnorm, dat berust op een afweging van eigen vrijheid tegenover het risico op benadeling van derden. Bij zulke secundaire aansprakelijkheid gaat het immers veeleer om een afweging van de vrijheid van een potentiële dader tegenover de belangen van potentiële derden: het is lastig te zien hoe een neutrale partij deze afweging goed kan maken, in het bijzonder als procedures van beide zijden dreigen ingeval hij het fout doet.⁷¹ Dit geldt voor toezichthouders nog sterker dan voor poortwachters, die er ten minste nog voor kunnen kiezen om ingeval van onzekerheid niet mee te werken.

Mijns inziens is dit de kernvraag voor de toekomst van het aansprakelijkheidsrecht, die wordt verhuld doordat de huidige discussies zulke kwesties ten onrechte *framen* als gewone toepassing van de zorgvuldigheidsnorm.

3.6. *Varia*

Het rekening houden met belangen van derden, wat besloten ligt in de zorgvuldigheidsnorm, kan op zeer gevarieerde manieren tot uiting komen. Er valt te denken aan de plicht om een auto niet met draaiende motor achter te laten teneinde

⁶⁹ HR 21 november 2014, NJ 2015/217 (Band/AFM).

⁷⁰ Zie uitvoerig Band/AFM. Vgl. ook de beperking van aansprakelijkheid van DNB en AFM in art. 1:25d Wft.

⁷¹ Dit is in essentie wat men wel beschrijft als het toezichthoudersdilemma, zie ook Band/AFM.

joy-riden te voorkomen,⁷² de op een ISP rustende plicht om de identiteit en het adres van een gebruiker te verschaffen aan het slachtoffer van laster,⁷³ de verwijderingsplicht ingeval zaken op andermans grond zijn beland,⁷⁴ onrechtmatige executie.⁷⁵

Er is ook een ontwikkeling rond doorbreking van de relativiteit van contracten. Ingevolge de zogenaamde keten- of schakel-jurisprudentie kan een schuldenaar aansprakelijk worden gehouden jegens een niet-contractpartij: “Indien de belangen van een derde zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in die uitvoering tekortschiet, kunnen de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen.”⁷⁶

Ook kan de zorgplicht worden gebruikt om informatie te verkrijgen: zo werd reeds voor de mogelijkheid van afgifte van data of bewijsbeslag⁷⁷ gebruik gemaakt van onrechtmatige daad om bijvoorbeeld een bloedsuikerslag te verkrijgen of inzage in een dagboek.⁷⁸ Het valt te verdedigen dat dergelijke gevallen beter kunnen worden opgenomen in een bijzondere regeling. Voor data is zo’n regeling er nog niet, en het is omstreden of dit nodig en wenselijk is.⁷⁹

Tot slot zien we de laatste tijd dat de zorgvuldigheidsnorm ook wordt gebruikt om nieuwe typen vorderingen in te dienen, zoals een verplichting op de overheid om meer te doen tegen klimaatschade.⁸⁰

⁷² HR 2 december 1966, NJ 1967/42 (Haringkar). Daarentegen is het HvJ, gelet op diverse vrijheden, terughoudend in het opleggen van een verplichting om een Wifi-verbinding te beveiligen: HvJ EU 15 september 2016, C-484/14 (McFadden/Sony).

⁷³ HR 25 november 2005, NJ 2009/550 (Lycos/Pessers).

⁷⁴ HR 7 mei 1982, NJ 1983/478 (Trechsel/Lameris), HR 10 juli 2015, NJ 2015/441.

⁷⁵ HR 19 mei 2000, NJ 2000/603, HR 1 april 2016, NJ 2016/189 (Duck/Hager)

⁷⁶ HR 24 september 2004, NJ 2008/587 (Vleesmeesters/Alog), reeds HR 3 mei 1946, NJ 1946/323 (Staat/Degens), ook HR 20 januari 2012, NJ 2012/59 (onderaanneming) en voor een geval waar de oorspronkelijke overeenkomst was gewijzigd zodat er formeel geen sprake was van wanprestatie: HR 14 juli 2017, NJ 2017/364 (Vissers c.s./Compaen).

⁷⁷ HR 13 september 2013, NJ 2014/455.

⁷⁸ HR 18 juni 1993, RvdW 1993/136 (gedwongen AIDS-test), Hof Amsterdam 30 september 1999, KG 2000/73.

⁷⁹ Pro: T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Een goederenrechtelijke benadering van databestanden’, NJB 2018/1242, p. 1799-1804. Contra: E.F. Verheul, ‘Revindicatie van data in de cloud’, *Ars Aequi* 2018/7-8, p. 578-589.

⁸⁰ Rb Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (Urgenda).

4. Andere dogmatische constructies

Onder alle casuïstiek zijn ook dogmatische verschuivingen zichtbaar. Eén ontwikkeling is dat de zorgvuldigheid inmiddels vaak wordt verbonden aan informatie en waarschuwingen: de zaak draait dan om informatieplichten⁸¹ en de kennis waarover de laedens beschikte.⁸² Daarmee wordt een dader geconstrueerd voor gevallen die men ook kon beschouwen als gewone onoplettendheid van individuen die voor eigen rekening zou moeten blijven.⁸³ Die ontwikkeling is weliswaar in lijn met het Kelderluik-arrest, maar men lijkt te vergeten dat in dat arrest er ook een portie eigen schuld was aanvaard. Deze verschuiving zou kunnen betekenen dat de zorgplicht in het algemeen al voldoende is uitgekristalliseerd waardoor alleen details nog aandacht behoeven.

Een andere ontwikkeling is dat procedures zich inmiddels vaak richten tegen de zijdelingse dader (secundaire aansprakelijkheid), zie par. 3.4 en 3.5. Dit fenomeen krijgt voorlopig nog maar betrekkelijk weinig aandacht.⁸⁴ Het effect hiervan is dat de eisen van zorgvuldigheid zich verder verspreiden. Een bezwaar hiervan is dat er dusdoende een overmaat aan zorgplichten kan resulteren die nauwelijks meer goed uit te voeren is. Het is goed te beseffen dat de zorgvuldigheid in beginsel moet worden ‘aangezet’: in de omstandigheden moet er reden zijn voor de laedens om op bepaalde risico’s op belangen te letten. Men kan niet verwachten dat iedereen op elk moment op alle belangen van eenieder let. Dit uitgangspunt lijkt wel eens uit het oog te worden verloren doordat men met de wijsheid van achteraf naar de concrete casus kijkt (wetende wat van belang is), en dan vergeet dat mensen in werkelijkheid niet zo gemakkelijk kunnen weten waar zij op moeten letten.

Als laatste zien we een ontwikkeling dat zorgvuldigheid vermengd raakt met fundamentele rechten.⁸⁵ Dit is ten dele gewoon een kwestie van andere etiketten

⁸¹ Uitvoerig: Jansen, diss.

⁸² O.a. B. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen*, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 2017, K.J.O. Jansen, ‘Kennispresumptie in het verbintenissenrecht: tussen weten en behoren te weten’, NTBR 2016/31, K.J.O. Jansen, ‘Wat niet weet, wat niet deert?’, RM Themis 2006-2, p. 54-63.

⁸³ Denk aan het betreden van een terrein waar veenbroei heerst (Veenbroei), het bewust bevinden op het gebied waar jetblast optreedt (Jetblast).

⁸⁴ K.L. Maes, ‘De reikwijdte van de primaire en secundaire private zorgplicht: gelijke monniken, gelijke kappen?’, AV&S 2016/2, K.L. Maes, ‘Over de zoektocht naar en de grenzen van secundaire aansprakelijkheid na het schietincident in Alphen aan den Rijn’, TvVP 2017/4, p. 120-128.

⁸⁵ Algemeen hierover: J.M. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht*, diss. Utrecht 2013.

(immers zulke afwegingen vonden vroeger plaats onder de gewone bepaling van onrechtmatigheid), maar leidt ook tot een ander afwegingskader, dat niet altijd even goed verenigbaar lijkt met de traditionele zorgvuldigheid.

5. Conclusie

In de rechtspraak wordt de zorgvuldigheidsnorm ingevuld door verschillende criteria en gezichtspunten, afhankelijk van het precieze deelgebied.⁸⁶ Ook wordt er vaak gegrepen naar bestaande verkeers- en veiligheidsnormen. Zorgvuldigheid is vruchtbaar gebleken; sommige vruchten leidden tot zelfstandige leerstukken en gebieden. Veel gevallen van onzorgvuldigheid zijn inmiddels opgeslokt door bijzondere regelgeving en vallen daardoor onder een andere categorie. Dat is niet erg, integendeel. De zorgvuldigheidsnorm moet een vangnet blijven, en van een vangnet is het de bedoeling dat het alleen wordt gebruikt als daar een noodzaak toe is.

Daarnaast zijn er verschuivingen naar meer positieve zorgplichten voor zijdelingse daders, die mijns inziens niet zo goed passen bij de klassieke zorgvuldigheid en ertoe neigen te ver te strekken. Verder nemen informatieplichten toe en wordt de werking van fundamentele rechten groter, wat niet per se een verbetering oplevert.

⁸⁶ Uitvoerig: Smeehuijzen, VR 2017.